

Andreas Neumann

Aktuelle Entwicklungen zur postrechtlichen Entgeltregulierung

Zugleich Anmerkung zu den Entscheidungen des BVerfG vom 22. August 2011, des OVG Münster vom 15. September 2011 und des VG Köln vom 1. September 2011

Im Gegensatz zu ihrer „großen Schwester“, der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung, hat die Entgeltregulierung im Postbereich bislang ein weitgehend beschauliches Dasein geführt. Es liegen erst wenige Gerichtsentscheidungen vor, die Verfahren dauern zumeist viele Jahre und auch das rechtswissenschaftliche Schrifttum ist überschaubar. Mehrere aktuelle Judikate dürften die postrechtliche Entgeltregulierung nun jedoch aus ihrem regulatorischen Dornröschenschlaf wecken. Der Beitrag fasst die wesentlichen Aussagen dieser Entscheidungen zusammen, deren Begründungen allesamt erst nach dem Redaktionsschluss für den postrechtlichen Jahresbericht (Gramlich, N&R 2011, 253) veröffentlicht wurden, und zeigt Querbezüge insbesondere zur telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung auf.

I. Einleitung

Die postrechtliche Entgeltregulierung ist in §§ 19 ff. PostG normiert, ergänzt durch die Vorschriften der PEntgV. Ob bzw. inwieweit daneben auch die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 32 PostG auf die Gestaltung von Entgelten im Postbereich anwendbar ist, wirft schwierige Fragen zum Anwendungsbereich dieser Vorschrift¹ und zum Konkurrenzverhältnis zu den Bestimmungen in §§ 19 ff. PostG² auf und ist noch nicht abschließend geklärt.³

In der Sache richtet sich die postrechtliche Entgeltregulierung gegen marktbeherrschende Unternehmen und ist der Entgeltregulierung nach dem TKG 1996 nachgebildet: Für besonders wichtige Entgelte ist eine Genehmigungspflicht vorgesehen (§ 19 S. 1 PostG, auch i. V. m. § 28 Abs. 2 S. 1, Abs. 3, § 29 Abs. 1 S. 2 PostG). Genehmigungspflichtige Entgelte haben sich nach § 20 Abs. 1 PostG an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren und müssen den Anforderungen des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen. § 20 Abs. 2 PostG wiederum ist den wettbewerbsrechtlichen Eingriffstatbeständen des Preishöhenmissbrauchs, des Behinderungsmisbrauchs und der Diskriminierung nachgebildet.⁴ Nach § 21 Abs. 1 PostG erfolgt die Genehmigung entweder als Einzelgenehmigung oder „für einen Korb zusammengefaßter Dienstleistungen“ anhand hierfür vorgegebener Maßgrößen, also im sog. „Price-Cap“-Verfahren. Die Einzelheiten regelt nach § 21 Abs. 4 PostG eine Rechtsverordnung, die PEntgV. § 22 PostG trifft weitere Verfahrensbestimmungen für die Ex-ante-Regulierung, insbesondere zu den relevanten Fristen für die

Antragstellung und die Genehmigungserteilung. Die materielle Bedeutung einer Entgeltgenehmigung ist schließlich § 23 PostG zu entnehmen. Dieser Vorschrift zufolge ist das entgeltregulierte Unternehmen verpflichtet, ausschließlich die genehmigten Entgelte zu verlangen, und tritt bei einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts. § 24 PostG gibt der Bundesnetzagentur schließlich die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen genehmigte Entgelte noch einer (eingeschränkten) nachträglichen Überprüfung zu unterziehen.

Eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht besteht nach § 19 S. 2 PostG für grundsätzlich genehmigungspflichtige Entgelte solcher Beförderungsleistungen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden.⁵ Die

1 Es ist insbesondere unklar, ob sich die Vorschrift ihrem weiten Wortlaut entsprechend allgemein gegen Wettbewerbsbeschränkungen wendet, die von marktbeherrschenden Anbietern ausgehen, so etwa Habersack, in: Habersack/Holzner/Lübbig, Behördliche Auskunftsrechte und besondere Missbrauchsaufsicht im Postrecht, 2002, S. 1, 14 ff., und in diese Richtung auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 28 (zu § 31 PostG-RegE), oder ob sie entsprechend ihrer systematischen Einbettung in den sechsten Gesetzesabschnitt nur im Rahmen des offenen Netzzugangs nach §§ 28 ff. PostG (Angebot von Teilleistungen, Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungen) gilt, so etwa Gerstner, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. A., 2004, § 32 Rn. 16 ff.

2 Hinsichtlich des originären Anwendungsbereichs der §§ 19 ff. PostG, also mit Blick auf die Entgelte für Postdienstleistungen, dürfte viel für einen Spezialitätsvorrang jener Vorschriften sprechen. Schwieriger stellt sich die Situation bei Entgelten im Rahmen des offenen Netzzugangs (vgl. Fn. 1) dar. Aus der Verweisung auf §§ 19, 20 u. 25 PostG in § 28 Abs. 2, 3 sowie i. V. m. § 29 Abs. 1 S. 2 PostG ließe sich auch insoweit auf einen Vorrang der Entgeltregulierungsvorschriften schließen, so etwa Gerstner (Fn. 1), § 32 Rn. 4 f. Die Verweisung ist aber ihrerseits unvollständig und nur auf einzelne Instrumente der Entgeltregulierung beschränkt, so dass jedenfalls die dadurch entstehenden Regelungslücken entweder durch einen weitergehenden Anwendungsbereich von § 32 PostG oder durch eine umfassende Anwendung der §§ 19 ff. PostG geschlossen werden müssen, siehe in letztgenanntem Sinne auch Gerstner (Fn. 1), § 28 Rn. 111 u. 137.

3 Die Möglichkeit einer Entgeltkontrolle nach § 32 PostG bejahend Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 107.

4 Siehe auch Kühling (Fn. 3), S. 301; Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar (Fn. 1), § 20 Rn. 1.

5 Ob diese Ausnahme auch im Rahmen der Verweisung nach § 28 Abs. 2 S. 1 PostG, also für die Gewährung von Leistungen des offenen

entsprechenden Entgelte sowie andere Entgelte, die nicht der Genehmigungspflicht unterliegen, können von der Bundesnetzagentur nachträglich überprüft werden (§ 25 PostG, auch i. V. m. § 28 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, § 29 Abs. 1 S. 2 PostG). Bei dieser Ex-post-Entgeltregulierung gelten unmittelbar nur die wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG (§ 25 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 PostG).⁶ Stellt die Bundesnetzagentur fest, dass die Entgelte diesen Maßstäben nicht entsprechen, fordert sie das entgeltregulierte Unternehmen auf, die Entgelte unverzüglich anzupassen (§ 25 Abs. 2 S. 1 PostG). Kommt das Unternehmen der Aufforderung nicht nach, hat die Bundesnetzagentur das beanstandete Verhalten zu untersagen und die Entgelte für unwirksam zu erklären (§ 25 Abs. 3 PostG).

Viele wichtige Einzelfragen, die dieses Regulierungssystem aufwirft, sind Gegenstand aktueller Entscheidungen des BVerfG⁷, des OVG Münster⁸ und des VG Köln⁹. Deren zentrale Aussagen werden im Folgenden kurz dargestellt und einer ersten kursorischen Analyse unterzogen.

II. Materieller Regulierungsmaßstab

Materieller Kristallisationspunkt der Entgeltregulierung ist der dabei geltende Regulierungsmaßstab. Insofern treffen die nun vorliegenden Gerichtsentscheidungen sowohl für den Bereich der Vorabregulierung als auch für den Bereich der nachträglichen Regulierung wichtige Aussagen.

1. Ex-ante-Regulierung

Den materiellen Maßstab, dem Entgelte im Rahmen der Ex-ante-Regulierung genügen müssen, hatte das OVG Münster bereits in einem Urteil vom 10. März 2011¹⁰ umfassend herausgearbeitet. Es ist nicht überraschend, dass das OVG Münster in seinen Urteilen vom 15. September 2011 an den dortigen Ausführungen festhält.

a) Bedeutung des Gebots der Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung

Die wichtigste Annahme ist in diesem Zusammenhang, dass dem Gebot der Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung nach § 20 Abs. 1 PostG eine eigenständige regulatorische Bedeutung beikommt.¹¹ Diese Einschätzung konnte bezweifelt werden, da § 21 Abs. 2 und 3 PostG nahelegen, dass das Prüfprogramm im Genehmigungsverfahren auf Verstöße gegen § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PostG und offenkundige Verstöße gegen § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 PostG beschränkt ist.¹² Es wird deshalb auch die Auffassung vertreten, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nur die Ausgangsbasis für die Aufschlags- und Abschlagsverbote des § 20 Abs. 2 PostG sein sollen.¹³ Allerdings wäre es auch in diesem Fall erforderlich, die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu ermitteln,¹⁴ erweise sich der den Gesetzesmaterialien evtl. zu entnehmende Beschleunigungsgedanke¹⁵ somit als indifferent hinsichtlich der Bedeutung von § 20 Abs. 1 PostG. Die Bezugnahme auf die einzelnen Missbrauchstatbestände des § 20 Abs. 2 PostG in § 21 Abs. 2 und 3 PostG ist somit lediglich für deren Anwendung relevant, soll das Genehmigungsverfahren also beispielsweise von zeitaufwendigen Diskriminierungsprüfungen freihalten, soweit diese über offenkundige Tatbestände hinausgehen. Im Übrigen bleibt es demgegenüber dabei, dass eine Genehmigung nach § 21 Abs. 3 S. 1 PostG auch dann zu versagen ist, wenn sie gegen „andere Rechtsvorschriften“ (als § 20 Abs. 2 PostG) verstoßen.

Als eine solche Rechtsvorschrift ist nach den nun vorliegenden Entscheidungen des OVG Münster auch § 20 Abs. 1 PostG anzusehen. Das steht im Einklang mit dem Wortlaut der Vorschrift und entspricht der Rechtsprechung zu den vergleichbaren Bestimmungen des TKG 1996.¹⁶ Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sich manche telekommunikationsrechtlichen Entscheidungen des OVG Münster durchaus auch in dem Sinne der Gegenauf-

fassung lesen lassen, indem zwar eine Prüfung des Entgelts am Maßstab der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung zu erfolgen hat, diese sich aber auf die Frage konzentriert, ob unzulässige Abschläge oder Aufschläge vorgenommen wurden.¹⁷ Auch in den aktuellen postrechtlichen Entscheidungen klingt der wohl § 21 Abs. 2 und 3 PostG geschuldete Gedanke an, dass etwa ein unzulässiger Aufschlag i. S. v. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PostG „als Konsequenz daraus angenommen werden kann, dass ein Entgelt nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 20 Abs. 1 PostG orientiert und das Orientierungs- und Effizienzgebot nicht eingehalten wurde“.

Ob bei einer solchen Sichtweise noch von einem eigenständigen Prüfungsmaßstab gesprochen werden kann, ließe sich möglicherweise anzweifeln. Es spricht aber wohl einiges dafür, den Maßstab des § 20 Abs. 1 PostG als tendenziell strenger gegenüber den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG zu verstehen. Eine Abweichung von der Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung kann dann schon bei Aufschlägen vorliegen, die sich nicht lediglich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung durchsetzen lassen. Hierin käme der Gedanke zum Ausdruck, dass gerade auch in wettbewerblich strukturierten Märkten der Preis-

Netz Zugangs, gilt, ist umstritten, befürwortend etwa *Gerstner* (Fn. 1), § 28 Rn. 106 f. Sieht man den Zweck der erst im seinerzeitigen Vermittlungsverfahren in das Gesetz aufgenommenen Vorschrift demgegenüber darin, vor Inkrafttreten des PostG liberalisierte Geschäftskundenprodukte von der strengen Ex-ante-Regulierung auszunehmen, so etwa *Kühling* (Fn. 3), S. 106; *Sedemund* (Fn. 4), § 19 Rn. 146, dürfte mehr dafür sprechen, die Ausnahme nach § 19 S. 2 PostG im Rahmen der auch für Vorleistungen gegenüber Wettbewerbern geltenden Verweisung nicht anzuwenden, § 28 Abs. 2 S. 1 PostG insofern auch als Rechtsfolgenverweisung zu sehen, zumal dem Teilleistungszugang für die Entstehung wettbewerblicher Strukturen auf den Briefmärkten erhebliche Bedeutung zukommt; vgl. aus rechtspolitischer Sicht ebenso *Koenig/Hasenkamp/Kolbe*, N&R 2011, 20, 21.

6 Als Ausgangsbasis der dortigen Aufschlags- und Abschlagsverbote sind jedoch möglicherweise die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 20 Abs. 1 PostG heranzuziehen, so die Rechtsprechung zu den entsprechenden Bestimmungen des TKG 1996, etwa OVG Münster, CR 2003, 744, 745 (Beschl. v. 12.6.2003 – Az. 13 B 2407/02).

7 BVerfG, N&R-Beilage 4/2011, 8 (Beschl. v. 22.8.2011 – Az. 1 BvR 1764/09) (in dieser Beilage).

8 OVG Münster, N&R-Beilage 4/2011, 9 (Urt. v. 15.9.2011 – Az. 13 A 1628/08) (in dieser Beilage); Urt. v. 15.9.2011 – Az. 13 A 1627/08.

9 VG Köln, N&R-Beilage 4/2011, 16 (Beschl. v. 1.9.2011 – Az. 22 L 1011/11) (in dieser Beilage).

10 OVG Münster, N&R 2011, 160 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

11 So auch bereits OVG Münster, N&R 2011, 160, 161 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

12 Siehe auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 25 (zu § 20 PostG-RegE), die von einer „Beschränkung der Ex-ante-Genehmigung auf den Preishöhenmaßstab“ des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PostG ausgeht.

13 In diese Richtung etwa *Sedemund* (Fn. 4), § 20 Rn. 18 f. *Kühling* (Fn. 3), S. 300 f., scheint ebenfalls davon auszugehen, dass die Verpflichtung auf eine Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Vorabgenehmigungsverfahren kein eigenständiger Prüfungsmaßstab ist. Welche Bedeutung diese Vorgabe dann überhaupt haben soll, bleibt freilich dunkel, gilt sie nach § 20 Abs. 1 PostG doch gerade (nur) für „[g]enehmigungsbedürftige Entgelte“.

14 So auch explizit OVG Münster, Beschl. v. 27.5.2004 – Az. 13 A 1699/02, Rn. 23 (juris).

15 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 25 (zu § 20 PostG-RegE).

16 OVG Münster, CR 2006, 101, 103 (Beschl. v. 19.8.2005 – Az. 13 A 1521/03); Beschl. v. 15.8.2003 – Az. 13 A 2773/01, Rn. 3 ff. (juris); implizit wohl auch BVerwG, Beschl. v. 16.6.2010 – Az. 6 B 81.09, Rn. 5.

17 Siehe OVG Münster, Beschl. v. 27.5.2004 – Az. 13 A 1699/02, Rn. 23 (juris) („dass die nach § 3 Abs. 1 TEntgV von der Regulierungsbehörde vorzunehmende Prüfung der Orientierung des beanspruchten Entgelts an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung – und damit die Aufdeckung eines Aufschlags im Sinne des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG – die Feststellung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung voraussetzt“); siehe auch OVG Münster, CR 2003, 744, 745 (Beschl. v. 12.6.2003 – Az. 13 B 2407/02).

nicht stets exakt den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht, sondern um den Idealpunkt des Gleichgewichtspreises oszilliert. Solche Abweichungen vom Gleichgewichtspreis lassen sich also nicht lediglich aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung durchsetzen, sondern sind dem wettbewerblichen Prozess inhärent. Insbesondere in Märkten, die von strukturellen Marktzutrittschindernissen gekennzeichnet sind, greifen diese Mechanismen jedoch nicht, ist also nicht sichergestellt, dass sich solche Abweichungen vom Gleichgewichtspreis im Zeitablauf von selbst ausgleichen werden.¹⁸

Vor diesem regulierungsökonomischen Hintergrund dürfte einiges für die Auffassung sprechen, dass der durch § 20 Abs. 1 PostG gesetzte Maßstab nicht dieselbe Grenze markiert wie § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PostG, sondern *jede* Abweichung von der Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung untersagt.¹⁹ Entsprechendes lässt sich u. U. auch für das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG vertreten. Die dortige Voraussetzung einer *missbräuchlichen* Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen ist u. U. nicht ganz einfach nachzuweisen, spielt danach im Anwendungsbereich von § 20 Abs. 1 PostG aber ggf. gerade keine entscheidende Rolle.

Konsequenz einer solchen Sichtweise wäre einerseits ein strengerer Maßstab in der Ex-ante-Regulierung im Vergleich zur Ex-post-Regulierung. Andererseits wäre gerade aus diesem Grund ein eigenständiger Anwendungsbereich für die Aufschlags- und Abschlagsverbote nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 PostG bei genehmigungsbedürftigen Entgelten in Frage gestellt.²⁰ Dennoch dürfte dieser Aspekt nicht gegen die hier präferierte Auslegung sprechen. So verbliebe jedenfalls mit dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PostG ein Regulierungsmaßstab, der durch § 20 Abs. 1 PostG nicht zwingend obsolet würde. Und auch die Aufschlags- und Abschlagsverbote behielten eine eigenständige *praktische* Bedeutung als Vorgaben für äußerste Grenzen der Preissetzung, deren Überschreitung in jedem Fall die Genehmigungsfähigkeit ausschließt.

b) Bestimmung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung

Bei der Frage, was mit dem Gebot der Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung gemeint ist, bleibt das OVG Münster im Einklang mit den Gesetzesmaterialien dabei, mit diesem Gebot werde zum Ausdruck gebracht, dass als Grundlage für die Preisbildung des regulierten Unternehmens insgesamt nur der bewertete Güterverzehr in Betracht kommen kann, der in engem Zusammenhang mit der Leistungsbereitstellung steht.²¹ Hieraus folge, dass es sich um solche Kostenpositionen handeln muss, die bei langfristiger Kostenbetrachtung, auch im Hinblick auf die künftige Entwicklung, für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Kostenpositionen, die das entgeltregulierte Unternehmen geltend macht, seien daher am „Maßstab der Richtigkeit und Erforderlichkeit“ zu überprüfen, wobei „(nur) die bei einer effizienten Produktionsstruktur und Betriebsführung anfallenden und die für die Leistungsbereitstellung unverzichtbaren und unvermeidbaren Kosten berücksichtigt werden können“.²²

Fraglich ist allerdings, ob die weiteren Erwägungen des OVG Münster in allen Punkten mit diesem zutreffenden Ausgangspunkt übereinstimmen. So geht das Gericht für ein im Rahmen der streitgegenständlichen Leistung relevantes Softwaresystem davon aus, dass es grundsätzlich im Rahmen der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit und der Freiheit der Kosten- und Entgeltkalkulation der Entscheidung des Anbieters unterliege, welche Nutzungsdauer er einer angebotenen Leistung zuschreibt. Dem Nutzungskonzept des Unternehmens für die angebotene Leistung und den daran anknüpfenden Kostenwerten komme daher generell ein hoher Stellenwert zu, so dass im Grundsatz auch kein Raum für die Ersetzung der Unternehmensentscheidung durch andere Kostenwerte sei, die ihrerseits denselben Unsicherheits-

faktoren unterliegen. Das gilt nach Auffassung des OVG Münster grundsätzlich auch im Rahmen der Effizienzprüfung. Diese Erwägungen stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der objektivierten Sichtweise, die der Maßstab der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung bedingt²³ und die auch das OVG Münster im Ausgangspunkt ausdrücklich einnimmt. So hat denn das VG Köln in erster Instanz die abweichende Einschätzung der Bundesnetzagentur zu der Nutzungsdauer nicht wegen der Gestaltungsfreiheit des regulierten Unternehmens korrigiert, sondern weil die übliche Nutzungsdauer entsprechender Produkte hinreichend geklärt war.²⁴ Dieser Ansatz dürfte mit dem Maßstab der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung besser harmonisieren als ein Vorrang der unternehmerischen Entscheidung über Nutzungsdauern.

c) Gewinnzuschlag

Eine besonders bedeutsame Größe der Entgeltregulierung ist stets die Komponente, die den Ertrag der unternehmerischen Tätigkeit widerspiegelt, letzten Endes also den Gewinn, der in einem marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem Grund und Antrieb der Betätigung als Anbieter von Waren und Dienstleistungen ist. Die Maßstäbe der Entgeltgenehmigung in § 20 PostG nehmen nicht ausdrücklich Bezug auf eine solche Entgeltkomponente.

§ 3 Abs. 2 PEntgV definiert die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung allerdings als Summe „aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem ange-

18 Vgl. die diesbezügliche Argumentation der Bundesnetzagentur im Bereich der telekommunikationsrechtlichen Zugangsregulierung, etwa Bundesnetzagentur, Beschl. v. 5.12.2008 – Az. BK 3b-08/016, S. 21.

19 Das entspräche der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung zur Preisaufsicht nach § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F. in den sog. Ausnahmebereichen, in denen die Kartellgerichte grundsätzlich jede auch noch nicht erhebliche Überhöhung gegenüber einem Vergleichspreis für missbräuchlich erachteten, BGHZ 129, 37, 49 f. (Beschl. v. 21.2.1995 – Az. KVR 4/94) – *Weiterverteiler*. Grund für diesen Unterschied zu dem im Rahmen der allgemeinen Missbrauchskontrolle geltenden Maßstab war letztlich die dort gegebene Wettbewerbsorientierung des Missbrauchsbegriffs, die bei der Preisaufsicht in den Ausnahmebereichen fehlte, *Baur/Henk-Merten*, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, 2002, S. 44.

20 So die Kritik von *Schulz*, N&R 2006, 173, 175, allerdings generell auf § 20 Abs. 2 PostG bezogen und auch nicht auf genehmigungsbedürftige Entgelte beschränkt.

21 So und zum Folgenden auch bereits OVG Münster, N&R 2011, 160, 163 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

22 Entsprechend die Rechtsprechung zum TKG: BVerwG, N&R 2010, 40, 41 Rn. 19 f. (Urt. v. 25.11.2009 – Az. 6 C 34.08); 2009, 264, 265 Rn. 18 (Urt. v. 24.6.2009 – Az. 6 C 19.08).

23 Es kommt nach diesem Maßstab nicht darauf an, wie sich das regulierte Unternehmen verhält, sondern wie sich „ein im Wettbewerb stehendes, nach optimaler Nutzung seiner Ressourcen strebendes Unternehmen in der Lage“ des regulierten Unternehmens verhalten würde, vgl. BVerwG, N&R 2009, 264, 265 Rn. 19 (Urt. v. 24.6.2009 – Az. 6 C 19.08). Hiermit ist die z. T. vertretene Auffassung durchaus vereinbar, der zufolge sich in § 20 Abs. 2 S. 2 PostG zeige, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Kostenstruktur des regulierten Unternehmens auf die konkreten Verhältnisse dieses Unternehmens abstellen will, so etwa *Sedemund* (Fn. 4), § 20 Rn. 39. Denn es kommt darauf an, wie sich ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen in der Situation des entgeltregulierten Unternehmens verhalten würde. Dessen ungeachtet betrifft § 20 Abs. 2 S. 2 PostG aber ohnehin nur die Missbrauchstatbestände in § 20 Abs. 2 PostG und legt fest, welche Umstände bei der Prüfung eines sachlich gerechtfertigten Grundes zu berücksichtigen sind („Dabei sind ...“). Das kommt auch in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck, siehe – sogar noch vor Einfügung von Satz 2 – die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 24 (zu § 19 PostG-RegE) („Eine rechtliche Verpflichtung, die geeignet ist, Aufschläge im Sinne des Absatzes 2 Nr. 1 zu rechtfertigen, ist beispielsweise die Verpflichtung der Deutschen Post AG zur Finanzierung der Pensionen ihrer Ruhestandsbeamten.“). Der ursprüngliche Vorschlag des Bundesrates, eine dem jetzigen § 20 Abs. 2 S. 2 PostG entsprechende Regelung in § 20 Abs. 1 PostG zu übernehmen, siehe die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 13/7774, 35, 39 (Nummer 26), wurde gerade nicht umgesetzt.

24 VG Köln, N&R 2008, 221, 227 (Urt. v. 13.5.2008 – Az. 22 K 5261/04); zustimmend *Gerstner*, N&R 2008, 229, 231.

messenen Zuschlag für Leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines dem unternehmerischen Risiko angemessenen Gewinnzuschlags, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind“. Hier wird also ausdrücklich ein dem unternehmerischen Risiko angemessener Gewinnzuschlag vorgesehen. Das Postrecht weicht insoweit von den Bestimmungen des Telekommunikationsrecht ab, in dem die entsprechende Entgeltkomponente als angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals bezeichnet wird (§ 3 Abs. 2 TEntgV 1996, § 31 Abs. 2 TKG 2004). Das OVG Münster hat diese Abweichung zum Anlass für eine inhaltliche Differenzierung genommen, der zufolge der angemessene Gewinnzuschlag nach § 3 Abs. 2 PEntgV über die angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals hinausgeht und „einen zusätzlichen Aufschlag zur Abdeckung der unternehmerischen Risiken und eine angemessene Rendite umfasst“. ²⁵ Eine solche Sichtweise sei auch deshalb geboten, weil nur sie „eine langfristige und nachhaltige Bereitschaft zu unternehmerischer Tätigkeit als Basis für die im Postsektor notwendige flächendeckende Versorgung und für einen funktionsfähigen Wettbewerb in diesem Bereich“ gewährleiste. ²⁶

Angesichts der ausdrücklich von der älteren Bestimmung des § 3 Abs. 2 TEntgV abweichenden Formulierung spricht in der Tat vieles dafür, dass es dem Verordnungsgeber auch um eine inhaltliche Abweichung von der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung ging. Es ist allerdings sehr zweifelhaft, ob diese Regelungsabsicht für die Auslegung des materiellen Rechts von entscheidender Bedeutung ist. Der Entgeltmaßstab des § 20 Abs. 1 PostG steht nämlich – anders als etwa der eisenbahnrechtliche Maßstab nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG – gerade nicht unter dem Vorbehalt einer verordnungsrechtlichen Ausgestaltung. Vielmehr ist die Verordnungsermächtigung nach § 21 Abs. 4 PostG auf eine nähere Regelung der Arten und der Verfahren der Entgeltüberprüfung beschränkt. Der Verordnungsgeber konnte daher den materiellen Genehmigungsmaßstab überhaupt nicht verbindlich ausgestalten. ²⁷

Maßgeblich ist damit alleine § 20 Abs. 1 PostG. Die dortige Bezugnahme auf die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung deutet zunächst eine ausschließliche Betrachtung der Kostenseite an. Für einen Gewinnzuschlag oder eine ähnliche Komponente wäre bei dieser Sichtweise kein Raum. Allerdings wäre ein solches Verständnis kaum mit höherrangigem Recht vereinbar, würde es das regulierte Unternehmen doch dazu zwingen, seine Leistungen zu einem ökonomischen Idealpreis anzubieten, ohne ihm die realistische Aussicht auf die Erwirtschaftung von Gewinnen einzuräumen. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass die Ausrichtung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung dazu dient, die fehlenden Wettbewerbskräfte zu ersetzen. ²⁸ Damit bedarf es einer Begrenzung der Preissetzung nicht, die über das Maß hinausgeht, das sich bei funktionsfähigem Wettbewerb einstellen würde. Auch bei einem funktionsfähigen Wettbewerbsprozess erwirtschaften die Unternehmen aber Gewinne. Die Vorgaben aus § 20 Abs. 1 PostG müssen somit eine entsprechende Entgeltkomponente umfassen. Das entspricht auch den Vorstellungen, die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommen. ²⁹ Ohne Aussichten auf entsprechende Gewinne hätten letzten Endes auch effiziente Wettbewerber keinen Anreiz, mit eigenen Angeboten in Konkurrenz zu dem entgeltregulierten Unternehmen zu treten. ³⁰

Rechtsmethodisch könnte diese Entgeltkomponente wie in § 3 Abs. 2 PEntgV, § 3 Abs. 2 TEntgV 1996 und § 31 Abs. 2 TKG bereits als Bestandteil der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung verstanden werden. Alternativ wäre es aber auch denkbar und evtl. mit Blick auf den Gesetzeswortlaut vorzugswürdig, hierin den eigentlichen Anwendungsbereich der in § 20 Abs. 1 PostG vorgesehenen Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu sehen. ³¹ Diese läge dann vor, wenn das

Entgelt nur im Umfang eines etwaigen Gewinnzuschlags von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abweicht.

Über die Höhe dieser Entgeltkomponente ist damit freilich noch nichts ausgesagt. Die Zielsetzung des Kostenmaßstabes impliziert jedoch, dass es um einen Gewinn gehen muss, der in einem wettbewerblichen Umfeld zu erwarten wäre. Die hierfür maßgeblichen Einflussfaktoren weiter zu konkretisieren bleibt gemeinsame Aufgabe von Rechtsprechung und Wissenschaft. Ob auch die Zielsetzung einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen dazu zählt, wie es der aktuellen Rechtsprechung des OVG Münster entspricht, erscheint allerdings zweifelhaft. Bei der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung handelt es sich um ein Gemeinwohlziel, das evtl. bei der Ausfüllung von Missbrauchstatbeständen wertend berücksichtigt werden kann (vgl. § 20 Abs. 2 S. 2 PostG). ³² Für die nach § 20 Abs. 1 PostG maßgebliche wettbewerbsanaloge Entgeltbildung hat es demgegenüber keine erkennbare Bedeutung. Vielmehr greifen insoweit spezielle Regulierungsinstrumente (§§ 12 ff. PostG), sollte das wettbewerbliche Auswahlverfahren nicht aus sich heraus das gewünschte Versorgungsziel erreichen. ³³

2. Ex-post-Regulierung

Für den Bereich der nachträglichen Überprüfung nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte hat das VG Köln in seiner Entscheidung vom 1. September 2011 ³⁴ klargestellt, dass zur Auslegung der Missbrauchstatbestände auf wettbewerbsrechtliche Erwägungen zurückgegriffen werden kann. ³⁵ Das umfasst nach der überzeugenden Auffassung des VG Köln auch den wettbewerbsrechtlichen Grundsatz, dem zufolge verbundene Unternehmen (i. S. v. §§ 17 f. AktG) auch mit Blick auf potentiell missbräuchliches Verhalten als einheitliches Unternehmen anzusehen sind. ³⁶ Nur durch eine solche Sichtweise wird wirksam verhindert, dass ein

25 Ähnlich auch *Sedemund* (Fn. 4), Anh. § 21 § 3 PEntgV Rn. 19.

26 Auch insoweit in gleichem Sinne *Sedemund* (Fn. 4), Anh. § 21 § 3 PEntgV Rn. 22.

27 Ebenso *Sedemund* (Fn. 4), Anh. § 21 § 3 PEntgV Rn. 18.

28 BVerwG, N&R 2009, 264, 265 Rn. 18 (Urt. v. 24.6.2009 – Az. 6 C 19.08); *Kühling* (Fn. 3), S. 290.

29 Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 46, 48 (zu Nummer 27).

30 Dieser Aspekt ist jedenfalls mit Blick auf die Endkundenmärkte von Bedeutung.

31 Zu der insoweit klärungsbedürftigen Bedeutung des Orientierungsgebots *Schulz*, N&R 2006, 173, 175. Die alternativ in Betracht gezogene Verknüpfung mit dem Umfang der netzspezifischen Marktmacht, welche bei der Erbringung der entgeltregulierten Leistung jeweils besteht, vgl. VG Köln, N&R 2008, 221, 224 (Urt. v. 13.5.2008 – Az. 22 K 5261/04); *Gerstner*, N&R 2008, 229, 231, würde die Definitionshoheit über die Regulierungsintensität in erheblichem Maße in die Hände der Rechtsanwendung legen, ohne dass es interpretatorische Hinweise auf eine solche Regelungsabsicht gäbe. Die Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Ergänzung der Missbrauchstatbestände des § 20 Abs. 2 PostG dürfte ihre regulierungsökonomische Rechtfertigung vielmehr gerade darin finden, dass nach der Einschätzung des Gesetzgebers die Preisbildung für die betreffenden Leistungen unabhängig von der zusätzlichen Gefährdung durch die Marktmacht des regulierten Unternehmens nicht hinreichend durch wettbewerbliche Prozesse diszipliniert wird, siehe dazu bereits oben, unter a). Zu einer weiteren möglichen Ausdeutung des Orientierungsgebots siehe *Kühling* (Fn. 3), S. 313.

32 Weitergehend möglicherweise *Koenig/Hasenkamp/Kolbe*, N&R 2011, 20, 22, die meinen, die in § 20 Abs. 2 S. 2 PostG bezeichneten Kosten könnten bei der Entgeltregulierung „in Ansatz gebracht werden“. § 20 Abs. 2 S. 2 PostG spricht aber ausdrücklich nur von einer angemessenen Berücksichtigung.

33 Ähnlich auch *Kühling* (Fn. 3), S. 299 f.

34 Zu dem zugrundeliegenden Regulierungsverfahren siehe *Gramlich*, N&R 2011, 253, 260.

35 Siehe auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 24 (zu § 19 PostG-RegE), allerdings mit dem Hinweis, dass ein Missbrauch i. S. v. § 20 Abs. 2 PostG nicht erst bei Überschreiten einer Wesentlichkeitsschwelle vorliegt.

36 Zu diesem Grundsatz siehe BGH, WRP 2009, 1402, 1404 Rn. 15 (Urt. v. 23.6.2009 – Az. ZKR 21/08) – *Entega*.

marktbeherrschendes Unternehmen die Missbrauchsverbote durch die Gründung von Tochterunternehmen umgeht. Im Telekommunikationssektor hat der Gesetzgeber dieser Zielsetzung mittlerweile durch eine Erstreckung des Unternehmensbegriffs auf die mit dem jeweiligen Unternehmen „im Sinne des § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbundene[n] Unternehmen“ auch ausdrücklich Rechnung getragen (§ 3 Nr. 29 TKG).

In der Sache befasst sich das VG Köln vor allem mit einer möglichen Preisspaltung, also mit dem Verlangen verschiedener Entgelte für die gleiche bzw. gleichartige Leistung ohne sachlich gerechtfertigten Grund. Da zumindest das Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PostG anders als § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB nicht von einer Preisspaltung auf „vergleichbaren Märkten“ ausgeht, kommt es insoweit von vornherein nicht auf eine Marktabgrenzung an. Die Preisspaltung bei gleichartigen Postdienstleistungen kann also auch auf demselben relevanten Markt erfolgen.³⁷ Maßgebliche Stellschraube ist insoweit nach der Rechtsprechung der Kartellgerichte die Frage, ob für eine unterschiedliche Preisgestaltung ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt. Auch einem marktbeherrschenden Unternehmen soll es nämlich nicht verwehrt sein, auf unterschiedliche Marktbedingungen differenziert zu reagieren.³⁸ Das kann auch eine Billigmarkenstrategie umfassen, bei der das marktbeherrschende Unternehmen neben seinem etablierten Angebot beispielsweise unter einer Zweitmarke besonders preisbewusste Abnehmer anspricht.³⁹ In einem solchen Fall kann sich aber zumindest aus einer räumlichen Beschränkung des Zweitmarkenangebotes ein Missbrauchsvorwurf ergeben.⁴⁰ Aber auch bei einem räumlich nicht beschränkten Angebot wird man nicht ausschließen können, dass die Preisspaltung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt und damit nicht als angemessene Reaktion auf unterschiedliche Marktbedingungen sachlich gerechtfertigt ist.

III. Regulierungsverfahren

Die aktuellen Gerichtsentscheidungen treffen aber nicht nur Aussagen zu den materiellen Maßstäben der Entgeltregulierung. Sie führen auch zu einer weiteren Konturierung des Verfahrens der Ex-ante- und der Ex-post-Entgeltregulierung.

1. Ex-ante-Regulierung

Dabei knüpft das OVG Münster auch für das Genehmigungsverfahren in seinen Entscheidungen aus dem September 2011 an das Urteil vom 10. März 2011 an. Es weist insbesondere erneut zu Recht darauf hin, dass sich die Prüfung der zur Genehmigung gestellten Entgelte durch die Bundesnetzagentur nicht nur auf die vorgelegten Unterlagen beschränkt, sondern dass sich die Bundesnetzagentur die erforderlichen Informationen auch selbst verschaffen kann, etwa durch Marktdaten, durch Kostenunterlagen aus anderen Genehmigungsverfahren und durch Kostennachweise von dritter Seite.⁴¹ Das entspricht der Rechtsprechung zum Telekommunikationsrecht.⁴²

2. Ex-post-Regulierung

Das VG Köln hatte sich demgegenüber u. a. mit der Frage zu beschäftigen, welchen Inhalt eine Anpassungsaufforderung nach § 25 Abs. 2 S. 1 PostG haben kann. Die Bundesnetzagentur hatte dem betroffenen Postunternehmen eine diskriminierende Preissetzung vorgeworfen und es aufgefordert, „die ... festgestellte Diskriminierung unverzüglich ... abzustellen, z. B. durch Einführung von Vertragsbedingungen, die den Infopostbedingungen der [DPAG] entsprechen“. Das betroffene Postunternehmen war der Auffassung, ihm werde hier eine leistungsbezogene Verpflichtung abverlangt, für die § 25 Abs. 2 S. 1 PostG keine Grundlage bilden könne.

Das VG Köln bestätigt zwar den Ausgangspunkt dieser Kritik und weist zu Recht darauf hin, dass sich das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PostG auf Ungleichbehandlungen bezieht, die im Entgelt Ausdruck finden, nicht aber auf Ungleichbehandlungen im sonstigen geschäftlichen Verhalten des Postdiensteanbieters.⁴³ Es sieht die ausgesprochene Anordnung dann aber im Einklang mit der Rechtsgrundlage, der zufolge die Bundesnetzagentur „das betroffene Unternehmen auf[fordert], die Entgelte unverzüglich den genannten Maßstäben anzupassen“. Indem die Bundesnetzagentur darauf hinweist, dass die Diskriminierung anders als durch eine Anpassung der Entgelte auch durch eine Änderung der Beförderungsbedingungen abgestellt werden könnte, räume sie dem Postunternehmen lediglich in der Art eines Austauschmittels die zusätzliche Möglichkeit ein, auch anders als durch eine Entgeltanpassung dem Diskriminierungsvorwurf zu entgehen.

Unabhängig von der durchaus zweifelhaften Frage, ob das Angebot eines solchen Austauschmittels objektivrechtlich von § 25 Abs. 2 S. 1 PostG gedeckt ist, dürfte es das betroffene Unternehmen jedenfalls nicht in seinen Rechten verletzen (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Durch eine derartige Regelung werden nämlich die Möglichkeiten des betroffenen Unternehmens, einer Untersagungsverfügung zu entgehen, gegenüber einer entsprechend § 25 Abs. 2 S. 1 PostG beschränkten Aufforderung erweitert, seine Freiheitsrechte also weniger stark beschränkt.

IV. Rechtsschutz

Schlussendlich betreffen die aktuellen postrechtlichen Entscheidungen auch wichtige Fragen des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Entgeltregulierung.

1. Umfang der gerichtlichen Überprüfung einer Entgeltgenehmigung

Das betrifft zunächst den Umfang, in dem eine Entgeltgenehmigung der gerichtlichen Überprüfung unterliegt, wenn sie von dem entgeltregulierten Unternehmen mit dem (üblichen) Ziel der Genehmigung höherer und betragsmäßig konkret angegebener Entgelte beklagt wird. Das OVG Münster hat dazu nun klargestellt, dass in einem solchen Verpflichtungsrechtsstreit Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung die Frage ist, ob dem entgeltregulierten Unternehmen entsprechend seinen Anträgen höhere Entgelte zustehen, als sie ihm genehmigt wurden. Durch die Klageerhebung werde die Entgeltgenehmigung im gerichtlichen Verfahren in Bezug auf die jeweils genehmigten Gesamtentgelte zur Überprüfung gestellt, während den einzelnen Kostenpositionen nur mittelbar als Berechnungsposten der Entgelte Bedeutung zukommt. Es ist dem entgeltregulierten Unternehmen also grundsätzlich nicht möglich, eine Entgeltgenehmigung nur hinsichtlich einzelner Kostenpositionen gerichtlich überprüfen zu lassen, andere Positionen, die von der Bundesnetzagentur in einer ihm günstigen Weise bewertet wurden, demgegenüber nicht.

37 Das ist auch für das Wettbewerbsrecht anerkannt, jedenfalls auf Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB, siehe BGH, N&R 2011, 90, 94 Rn. 54 (Urt. v. 7.12.2010 – Az. KZR 5/10) – *Entega II*.

38 BGH, N&R 2011, 90, 92 Rn. 25 (Urt. v. 7.12.2010 – Az. KZR 5/10) – *Entega II*.

39 BGH, N&R 2011, 90, 94 Rn. 53 (Urt. v. 7.12.2010 – Az. KZR 5/10) – *Entega II*.

40 BGH, N&R 2011, 90, 94 Rn. 53 (Urt. v. 7.12.2010 – Az. KZR 5/10) – *Entega II*.

41 So bereits OVG Münster, N&R 2011, 160, 162 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

42 BVerwG, N&R 2010, 186, 188 Rn. 10 (Beschl. v. 30.6.2010 – Az. 6 B 7.10); Beschl. v. 16.6.2010 – Az. 6 B 81.09, Rn. 6 (juris); N&R 2010, 40, 42 Rn. 29 (Urt. v. 25.11.2009 – Az. 6 C 34.08).

43 So auch Lübbig, in: Habersack/Holznapel/Lübbig (Fn. 1), S. 91, 117; Sedemund (Fn. 4), § 20 Rn. 104.

Die praktische Bedeutung dieser Aussage sollte aber wohl nicht überbewertet werden. Eine umfassende gerichtliche Überprüfung der Entgeltgenehmigung von Amts wegen wird im Regelfall nicht erfolgen (können). So hat auch das OVG Münster explizit darauf hingewiesen, „dass einzelne Kostenpositionen, deren Berechtigung zwischen den Beteiligten nicht streitig ist, ebenso nicht zum Gegenstand der gerichtlichen Prüfung gemacht werden wie Positionen, die von den Beteiligten im gerichtlichen Verfahren nicht angesprochen wurden“. Dass die Bundesnetzagentur als Verfahrensgegnerin⁴⁴ des entgeltregulierten Unternehmens im gerichtlichen Verfahren die von ihr in der Entgeltgenehmigung anerkannten Kostenpositionen in Zweifel zieht, erscheint allerdings eher realitätsfern. Insoweit könnte jedoch die Rolle von Vertragspartnern des entgeltregulierten Unternehmens aufgewertet werden, die als möglicherweise beizuladende Dritte ein Interesse daran haben könnten, von der Bundesnetzagentur anerkannte Kostenpositionen noch einmal kritisch überprüfen zu lassen.

2. Prüfungsdichte

Praktisch erheblich bedeutsamer dürfte aber die Frage sein, wie weit die gerichtliche Überprüfung einer Entgeltgenehmigung reicht. Diesbezüglich hat das OVG Münster in seinen nun vorliegenden Entscheidungen offengelassen, ob seine erst im März 2011 geäußerte Auffassung aufrechtzuerhalten ist, dass der Bundesnetzagentur bei der Prüfung genehmigungsbedürftiger Entgelte ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht.⁴⁵ Der Grund für diese partielle bzw. potentielle Kehrtwende liegt in einer neuen Entscheidung des BVerfG zu der Bedeutung der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG für die Annahme behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse.⁴⁶

Diese Entscheidung erscheint aber nur bedingt geeignet, der seit Jahren intensiv geführten Diskussion über regulierungsbehördliche Beurteilungsspielräume eine gänzlich neue Richtung zu geben. Zum einen schreibt sie letzten Endes lediglich die bisherige Rechtsprechung des BVerfG zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle fort.⁴⁷ Und zum anderen lag ihr ein Fall zugrunde, in dem sich die finanzgerichtliche Rechtsprechung bei der Zuordnung von Unternehmen zu bestimmten Wirtschaftszweigen grundsätzlich an eine gegenüber den Finanzbehörden erfolgende Stellungnahme des Statistischen Bundesamtes gebunden sah, obwohl in den einschlägigen Gesetzesbestimmungen von den Statistikbehörden noch nicht einmal die Rede ist. Eine solche Konstellation, der ein Konflikt mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes gewissermaßen auf die Stirn geschrieben steht, ist mit den weitaus diffizileren Anwendungsszenarien des Regulierungsrechts nicht vergleichbar. Vielmehr zeigt die sehr differenzierte Rechtsprechung des BVerfG im Bereich des Telekommunikationsrechts, dass dort behördliche Letztentscheidungsbefugnisse nur angenommen werden, wenn das materielle Recht auch unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen eine entsprechende Ermächtigung vorsieht.⁴⁸

Das bedeutet freilich nicht, dass die Annahme des OVG Münster in seinem Urteil aus dem März 2011 nicht evtl. kritisch hinterfragt werden könnte. Das Gericht hatte seine Auffassung in erster Linie damit begründet, dass ein Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur angesichts des korrespondierenden Gestaltungsspielraums angezeigt sei, über den das regulierte Unternehmen bei der Entgeltbestimmung verfügt.⁴⁹ Versteht man den Vorgang der Entgeltgenehmigung gewissermaßen als regulatorische Kontrollrechnung der unternehmerischen Entgeltbildung, ist dieser Ansatz auf den ersten Blick bestechend. Bei näherer Betrachtung stellt sich allerdings die Frage, ob aus einer Einschätzungsprärogative der regulierten Unternehmens nicht eher eine *Beschränkung* der behördlichen Überprüfungsmacht folgen müsste, ohne die diese Prärogative nämlich ausgehöhlt würde. Dem entspricht es, wenn das OVG Münster in einem anderen Zusammenhang die Bundesnetzagentur und auch die gerichtliche Kontrolle bei der

Überprüfung der Nutzungsdauer der angebotenen Leistungen jedenfalls grundsätzlich an die unternehmerische Entscheidung gebunden sieht. Darüber hinaus erscheint aber auch die Ausgangsthese des OVG Münster angreifbar. Der Ausgangspunkt der Entgeltregulierung sind die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung⁵⁰ und ist gerade nicht eine Gestaltungsfreiheit des regulierten Unternehmens bei der Entgeltbestimmung.⁵¹ Dem regulierten Unternehmen soll der *Einfluss* auf die Entscheidung über die Höhe der Entgelte eben nur *so weit wie möglich* erhalten werden.⁵² Es erscheint auch daher zweifelhaft, ob der argumentative Ansatz des OVG Münster in dieser Pauschalität vollständig zutreffend ist.

Vielmehr hat das BVerfG im Bereich des Telekommunikationsrechts bereits entschieden, dass das materielle Recht der Bundesnetzagentur „bei der Überprüfung von Kostenpositionen auf Richtigkeit und Erforderlichkeit, wie sie die Effizienzkontrolle nach § 31 Abs. 1 TKG regelmäßig kennzeichnet, jedenfalls nicht durchgängig“ Entscheidungen abverlangt, für die es keine hinreichend bestimmten Entscheidungsprogramme gibt und für die deshalb behördliche Einschätzungsspielräume bestehen.⁵³ Das hat natürlich auch das OVG Münster erkannt. Es hat dann allerdings gemeint, „unabhängig“ hiervon werde „angenommen, dass eine Überprüfung der Behördenentscheidung durch das Gericht nach den Maßstäben erfolgt, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat.“⁵⁴ Hieraus kann aber nicht geschlussfolgert werden, dass bzw. inwieweit das BVerfG dieses Prüfprogramm, das bei einer behördlichen Letztentscheidungsbefugnis zur Anwendung käme, für den Bereich der Entgeltregulierung für einschlägig erachtet. Das BVerfG hatte nämlich lediglich darauf hingewiesen, dass es „mindestens“, also selbst bei Annahme eines

44 Angesichts des Rechtsträgerprinzips ist Verfahrensgegner streng genommen die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundeswirtschaftsministerium, dieses vertreten durch die Bundesnetzagentur (und diese vertreten durch ihren Präsidenten).

45 OVG Münster, N&R 2011, 160, 161 f. (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06); etwas zurückhaltender die diesbezügliche Bewertung von Kühn, N&R 2011, 166, 166 f.

46 BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (Beschl. v. 31.5.2011 – Az. 1 BvR 857/07).

47 Siehe zuletzt etwa BVerfG, ZNER 2010, 49 (Beschl. v. 10.12.2009 – Az. 1 BvR 3151/07).

48 Vgl. etwa zuletzt die insoweit durchaus eher restriktiven Entscheidungen zu § 55 Abs. 9 S. 1 TKG BVerfG, Urt. v. 22.6.2011 – Az. 6 C 3.10, Rn. 26 ff.; Urt. v. 23.3.2011 – Az. 6 C 6.10, Rn. 19 ff., u. zu § 61 Abs. 2 S. 2 TKG BVerfG, Urt. v. 22.6.2011 – Az. 6 C 5.10, Rn. 18. Und selbst dort, wo das BVerfG im Telekommunikationssektor von behördlichen Einschätzungsspielräumen ausgeht, nimmt es die gerichtliche Überprüfung der Einhaltung ihrer Grenzen ernst und trägt auch insoweit Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung, vgl. hierzu Woessler, N&R 2011, 75, 82; kritisch dagegen Capito, N&R 2011, 277, 279.

49 OVG Münster, N&R 2011, 160, 162 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

50 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 24 (zu § 19 PostG-RegE).

51 Siehe auch BVerfG, N&R 2010, 40, 41 Rn. 21 (Urt. v. 25.11.2009 – Az. 6 C 34.08), dem zufolge der Maßstab der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung (nach § 31 TKG) „nicht auf die Ist-Kosten des regulierten Unternehmens abhebt, sondern auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als normativ vorgegebene Soll-Kosten“. Dementsprechend erkennt auch das OVG Münster zu Recht eine „Kostenbetrachtung in Orientierung an objektiven betriebswirtschaftlichen Erwägungen“ an, OVG Münster, N&R 2011, 160, 163 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

52 BVerfG, N&R 2010, 40, 40 Rn. 17 (Urt. v. 25.11.2009 – Az. 6 C 34.08); 2009, 264, 264 f. Rn. 14 f. (Urt. v. 24.6.2009 – Az. 6 C 19.08); BVerfGE 114, 160, 165 (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); auf diese Rechtsprechung Bezug nehmend auch OVG Münster, N&R 2011, 160, 161 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

53 BVerfG, N&R 2010, 186, 187 Rn. 4 (Beschl. v. 30.6.2010 – Az. 6 B 7.10); 2009, 264, 266 Rn. 21 (Urt. v. 24.6.2009 – Az. 6 C 19.08).

54 OVG Münster, N&R 2011, 160, 162 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

Beurteilungsspielraums, zu einer solchen gerichtlichen Überprüfung kommen muss.⁵⁵ Es bleibt also dabei, dass der Rechtsprechung des BVerwG noch kein Hinweis darauf zu entnehmen ist, bei welchen „Teilaspekten einer Effizienzprüfung die Anerkennung eines nur eingeschränkter Kontrolle unterliegenden Beurteilungsspielraums angezeigt“⁵⁶ ist.

Bei der Klärung dieser Frage wird dann aber sicherlich den Erwägungen des OVG Münster erhebliches Gewicht zukommen, „dass der Genehmigung postrechtlicher Entgelte durch die Regulierungsbehörde eine Bewertung äußerst komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten in Abhängigkeit von zahlreichen unterschiedlichen Parametern zu Grunde liegt“.⁵⁷ So gibt es etwa bei der Frage, was eine angemessene Kapitalverzinsung bzw. ein angemessener Gewinnzuschlag ist, nicht nur ein Ergebnis, das die – ggf. sachverständig beratenden – Gerichte im Wege der Subsumtion nur noch feststellen müssten bzw. könnten.⁵⁸ Es liegt daher nahe, dass jedenfalls bei solchen Wertungen, die bei einer Überprüfung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung erforderlich werden, behördliche Einschätzungsspielräume in der Offenheit der gesetzlichen Vorschriften angelegt sind.

3. Drittschutz

Ein weiteres klassisches Thema der rechtswissenschaftlichen Diskussion über die prozessuale Behandlung von Entgeltregulierungsentscheidungen bildete schließlich den Hintergrund, vor dem das BVerfG seine Entscheidung vom 22. August 2011 getroffen hat. Der erste Senat des Gerichts hatte über eine Verfassungsbeschwerde eines eingetragenen Vereins zu befinden, der sich durch eine ablehnende Entscheidung des OVG Münster über seinen Antrag auf Berufungszulassung in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG verletzt sah. Das BVerfG musste sich dabei in erster Linie mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung und Anwendung der Zulassungsgründe gemäß § 124 Abs. 2 VwGO auseinandersetzen. Es gab der Verfassungsbeschwerde statt, weil das OVG Münster seines Erachtens verpflichtet gewesen wäre, der Rechtssache bei der gebotenen Berücksichtigung des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzliche Bedeutung beizumessen und die Berufung des beschwerdeführenden Vereins zuzulassen.

Postrechtliche Relevanz kommt dieser Entscheidung durch die Rechtsfrage zu, die nach der Entscheidung des BVerfG grundsätzliche Bedeutung hat. Der Beschwerdeführer hatte nämlich die Frage aufgeworfen, ob ein Postkunde einen Anspruch auf eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Entgeltgenehmigung nach § 22 Abs. 2, 3 PostG hat. Das BVerwG hat sich mit dieser Frage bislang noch nicht beschäftigt, der BGH hat sie bejaht⁵⁹ (und zugleich die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Kontrolle verneint). Im Schrifttum wird sie unterschiedlich beurteilt.⁶⁰ Das OVG Münster hatte letzten Endes keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidungen,⁶¹ in welchen ein solcher Anspruch verneint worden war.⁶² Das VG Köln hatte zwar mit Blick auf eine etwaige Einschränkung der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Privatautonomie die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO bejaht. Es ging dann aber davon aus, dass das PostG den Postkunden keine subjektiven Rechte einräumt, die sie vor Maßnahmen der Entgeltregulierung schützen. Und auch Art. 2 Abs. 1 GG sei letzten Endes unabhängig von der objektiven Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Entgeltgenehmigung nicht verletzt. Dieses Grundrecht bestehe nämlich nur in den Schranken der verfassungsmäßigen Rechtsordnung. Die Vertragsfreiheit auch der Vertragspartner eines entgeltregulierten Unternehmens werde aber durch die Bindung an die genehmigten Entgelte nach § 23 PostG in verfassungskonformer Weise beschränkt. Diesen Erwägungen zu dem begrenzten Schutz aus der verfassungsrechtlich verbürgten Privatautonomie hat sich das OVG Münster ausdrücklich angeschlossen.⁶³

Diese Rechtsauffassung wird nun im Berufungsverfahren erneut überprüft werden müssen. Zu den §§ 19 ff. PostG entsprechenden Vorschriften des TKG 1996 hatte das BVerwG bereits im Jahr 2002 entschieden, dass sie nicht drittschützend zugunsten der Endkunden wirken,⁶⁴ so dass diese keinen Anspruch gegen die Bundesnetzagentur haben, dem zufolge diese gegen die Erhebung unzulässiger Entgelte vorgehen müsste. In derselben Entscheidung hat das BVerwG jedoch auch darauf hingewiesen, die privatrechtsgestaltende Wirkung von Maßnahmen der Entgeltregulierung lege „die Annahme nahe, dass Kunden, die von einer solchen Maßnahme nachteilig betroffen sind, berechtigt sind, den darin liegenden Eingriff in ihre grundrechtlich geschützte Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) abzuwehren“.⁶⁵ Diesen Standpunkt hat das Gericht in seiner Rechtsprechung zum TKG 2004 mit Blick auf solche Entgelte bestätigt, die Wettbewerber für Vorleistungen des entgeltregulierten Unternehmens entrichten müssen. Das BVerwG hat insoweit maßgeblich auf die Vorschrift des § 37 TKG abgestellt, die in den hier relevanten Teilen im Wesentlichen § 23 PostG entspricht. Aus dieser Bestimmung ergibt sich nach Auffassung des BVerwG der Drittschutz zugunsten des Vertragspartners des entgeltregulierten Unternehmens, da § 37 TKG die Entgeltgenehmigung mit privatrechtsgestaltender Wirkung ausstatte und die Erhebung anderer als der genehmigten Entgelte verbiete. Hieraus folge wiederum, dass ein Dritter, der von einer rechtswidrigen Entgeltgenehmigung nachteilig betroffen ist, den darin liegenden Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Privatautonomie abzuwehren berechtigt sei.⁶⁶ Führt man diese Argumentationsstränge zusammen, dürfte einiges für die Annahme sprechen, dass auf Grundlage dieser Rechtsprechung auch ein Kunde, der mit dem entgeltregulierten Unternehmen Verträge über Dienstleistungen abschließt, deren Entgelte reguliert sind, einen Anspruch auf eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der betreffenden Entgeltgenehmigung hat, den er im Wege der Anfechtungsklage durchsetzen kann. Sollte sich diese Einschätzung bestätigen, blieben u. a. die Konsequenzen zu klären, die sich dann für die gerichtliche Beiladungspraxis ergeben könnten und in ihrer praktischen Bedeutung⁶⁷ nicht unterschätzt werden sollten.⁶⁸

55 BVerwG, N&R 2010, 186, 187 Rn. 4 (Beschl. v. 30.6.2010 – Az. 6 B 7.10); siehe auch *Kühn*, N&R 2011, 166, 166 f.

56 BVerwG, N&R 2009, 264, 266 Rn. 21 (Urt. v. 24.6.2009 – Az. 6 C 19.08).

57 OVG Münster, N&R 2011, 160, 162 (Urt. v. 10.3.2011 – Az. 13 A 3211/06).

58 Vgl. *Masing*, in: Lüdemann, Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, 2008, S. 155, 170 f.

59 BGH, WRP 2007, 1359, 1362 Rn. 27 ff. (Urt. v. 14.6.2007 – Az. I ZR 125/04).

60 Bejahend (nach Ansicht des BVerfG) *Gramlich*, CR 2000, 816, 823; verneinend *Lübbig*, in: Beck'scher PostG-Kommentar (Fn. 1), § 22 Rn. 68 ff.; *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, Teil G Rn. 74 Fn.144 (S. 595).

61 OVG Münster, N&R 2009, 134, 134 f. (Beschl. v. 19.3.2009 – Az. 13 A 476/08 – 478/08).

62 VG Köln, Urt. v. 16./27.11.2007 – Az. 22 K 3808/03, 22 K 8715/03 u. 22 K 9007/04.

63 OVG Münster, N&R 2009, 134, 135 (Beschl. v. 19.3.2009 – Az. 13 A 476/08 – 478/08).

64 BVerwGE 117, 93, 99 ff. (Urt. v. 10.10.2002 – Az. 6 C 8.01).

65 BVerwGE 117, 93, 113 (Urt. v. 10.10.2002 – Az. 6 C 8.01).

66 BVerwG, N&R 2010, 40, 42 f. Rn. 30 (Urt. v. 25.11.2009 – Az. 6 C 34.08), anknüpfend an BVerwG, N&R 2009, 205, 209 Rn. 31 (Urt. v. 25.3.2009 – Az. 6 C 3.08).

67 Beiladungen in entgeltregulierungsrechtlichen Streitigkeiten werfen potentiell erhebliche Probleme hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des entgeltregulierten Unternehmens auf, vgl. hierzu aus postrechtlicher Sicht auch *Schulz*, N&R 2006, 173, 174.

68 Vgl. die diesbezügliche Rechtsprechung des BVerwG, N&R 2009, 205, 208 f. Rn. 30 (Urt. v. 25.3.2009 – Az. 6 C 3.08), die zwar auf die Genehmigung einzelungsvertragsbezogener Entgelte (im Telekommunikationssektor) bezogen ist, die aber auf die privatrechtsgestaltende Wirkung abstellt, die auch einer postrechtlichen Entgeltgenehmigung mit Blick auf langfristige Vertragsbeziehungen zukommen dürfte (§ 23 Abs. 2 S. 1 PostG).

V. Fazit

Die hier vorgestellten Entscheidungen decken ein weitgespanntes Spektrum zentraler Fragestellungen im Bereich der postrechtlichen Entgeltregulierung ab. Neben vielen Antworten haben sich – wie in solchen komplexen Konstellationen üblich – auch eine Vielzahl neuer Fragen ergeben. Eine wenig überraschende Erkenntnis besteht schließlich darin, dass das Telekommunikationsrecht für das Postrecht eine wichtige Referenzmaterie bleibt, die auch für die Beantwortung der nunmehr anstehenden Fragen wichtiges Transferpotential bietet. Zu beachten ist allerdings, dass das postrechtliche System der Entgeltregulierung dem TKG 1996 nachgebildet ist. Insoweit sind beide Regelungskomplexe durch das TKG 2004 in weiten Teilen entkoppelt worden. Hier ist Raum für und Bedarf an eigenständigen postrechtlichen Lösungen.⁶⁹ Das gilt jedenfalls, solange der Gesetzgeber hier nicht (erneut) das Postrecht dem telekommunikationsrechtlichen Vorbild nachbildet, was angesichts der zahlreichen bestehenden Unklarheiten (etwa zum Entgeltmaßstab in § 20 Abs. 1 PostG) mit einigen Vorteilen verbunden wäre.

69 Darüber hinaus können postrechtliche Entwicklungen in Zukunft durchaus ihrerseits auf das Telekommunikationsrecht ausstrahlen, so Kühn, N&R 2011, 166, 167.



Andreas Neumann, Jahrgang 1973, ist assoziierter Wissenschaftler („Senior Fellow“) am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn und Geschäftsführer des Instituts für das Recht der Netzwirtschaften, Informations- und Kommunikationstechnologie (IRNIK).

Drittrechtsschutz gegen postrechtliche Entgeltgenehmigung

BVerfG, Beschl. v. 22.8.2011 – Az. 1 BvR 1764/09 (OVG Münster, Beschl. v. 23.6./19.3.2009 – Az. 13 A 476/08-478/08; VG Köln, Urt. v. 16./27.11.2007 – Az. 22 K 3808/03, 22 K 8715/03 u. 22 K 9007/04)

§ 22 PostG, § 124 VwGO

Der Frage, ob ein Postkunde einen Anspruch auf eine (verwaltungsgerichtliche) Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Entgeltgenehmigung nach § 22 Abs. 2, 3 PostG hat, kommt grundsätzliche Bedeutung i. S. v. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zu.

[Leitsatz der Schriftleitung]

Das Ausgangsverfahren betrifft eine Klage des Beschwerdeführers, der nach seinen Angaben Kunde der dortigen Beigeladenen ist. Er hat gegen drei Beschlüsse der damaligen RegTP geklagt, mit denen diese am 12. September 2002 (Az. Bk 5b-02/090), am 24. September 2003 (Az. Bk 5b-03/101) und am 23. November 2004 (Az. Bk 5b-04/083) die Entgelte der Beigeladenen des Ausgangsverfahrens für Briefsendungen bis 1 000g für die Jahre 2003, 2004 und 2005 genehmigt hatte. Das VG Köln hat die Klagen durch Urteile vom 16. und 27. November 2007 abgewiesen. Die Anträge des Beschwerdeführers auf Zulassung der Berufung hat das OVG Münster mit Beschluss vom 19. März 2009 (N&R 2009, 134) abgelehnt. Die gegen diesen Beschluss erhobene Anhörrüge wies das OVG Münster mit

weiterem Beschluss vom 23. Juni 2009 zurück. Gegen beide Entscheidungen richtet sich die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers.

Aus den Gründen

[...]

IV.

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gibt ihr statt. Die Annahme ist zur Durchsetzung des Grundrechts des Beschwerdeführers aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG angezeigt (vgl. § 93c Abs. 1 Satz 1, § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Das Bundesverfassungsgericht hat, wie sich aus der nachfolgenden Begründung ergibt, die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen Fragen zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Berufungszulassung im Verwaltungsprozess bereits hinlänglich geklärt. Die Verfassungsbeschwerde ist im Hinblick auf die Verletzung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG durch den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts vom 19. März 2009 zulässig und offensichtlich begründet (vgl. § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Mit der Aufhebung dieses Beschlusses wird der Beschluss vom 23. Juni 2009 gegenstandslos.

1. Unzulässig ist allerdings die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da sie nicht näher begründet worden ist.

2. Zulässig ist hingegen die jedenfalls der Sache nach geltend gemachte Rüge einer Verletzung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Insbesondere hat der Beschwerdeführer in Bezug auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO), dessen willkürliche Anwendung er ausschließlich rügt, den Rechtsweg ordnungsgemäß erschöpft.

Das Oberverwaltungsgericht beanstandet nicht, dass der Beschwerdeführer den Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO nicht entsprechend § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO dargelegt hätte. Dafür ist auch nichts erkennbar.

Zwar beschränkt sich der Beschwerdeführer insoweit in der Begründung seines Antrags auf Zulassung der Berufung auf die Forderung nach einer „höchstrichterlichen Klarstellung dahingehend, dass Postkunden ein subjektives Klage-recht auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Postentgeltgenehmigungen gemäß §§ 19 ff. PostG zusteht und dass eine Überprüfung aufgrund der Entgeltbestimmungen des Postgesetzes und der dazu ergangenen Verordnung erfolgt“. Doch dürfen diese Ausführungen nicht isoliert betrachtet werden. Das verfassungsrechtliche Gebot, den Rechtsweg nicht in unzumutbarer Weise zu erschweren (ausführlich unten 3 b), zwingt die Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe bei der Prüfung der Zulassungsgründe dazu, den Vortrag des jeweiligen Antragstellers angemessen zu würdigen (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 10. September 2009 – 1 BvR 814/09 –, NJW 2009, S. 3642 <3643>). Infolgedessen müssen auch die eingehenderen Ausführungen des Beschwerdeführers zum Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils in die Betrachtung mit einbezogen werden. Bereits in diesen hatte der Beschwerdeführer – jedenfalls der Sache nach – darauf hingewiesen, dass das Bundesverwaltungsgericht sich noch nicht mit der Frage, ob dem Postkunden ein Anspruch auf eine (verwaltungsgerichtliche) Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Entgeltgenehmigung nach § 22 Abs. 2, Abs. 3 PostG zusteht, beschäftigt hat. Schon hiermit hatte der Beschwerdeführer eine konkrete, seiner Auffassung nach noch nicht geklärte Rechtsfrage aufgeworfen, die für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts offensichtlich von Bedeutung war. Bei seinen Ausführungen zum Vorliegen des Zulassungsgrundes des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO griff er dies offensichtlich lediglich noch einmal auf und verwies zudem in diesem Zusammenhang auf die Auffassung des Bundesgerichtshofs, dass die Genehmigung der – hier in Rede stehenden – Postentgelte auch von Kunden angefochten werden können (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – I ZR 125/04 –, NVwZ-RR 2008, S. 154 <156 [Rn. 27 ff.]>).

Dass die Frage über den entschiedenen Fall hinaus Bedeutung hat, liegt auf der Hand. Sogar der Prozessbevollmächtigte der Beigeladenen im Ausgangsverfahren hält es für wünschenswert, „dass die damit zusammenhängenden Rechtsfragen auch Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung werden, um sie so einer endgültigen Klärung zuzuführen“ (vgl. Gerstner/Lünenbürger, DVBl 2009, S. 1458 <1465>). Angesichts dessen bedurfte es im vorliegenden Fall keines ausdrücklichen Hinweises auf die über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der Rechtssache.

3. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts vom 19. März 2009 verletzt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Das Oberverwaltungsgericht hätte zur Klärung der Frage, ob ein Postkunde einen Anspruch